Rückgabe des Schuldscheins und Mortifikationsschein.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Otto Minner,
Referendar.

ACAD. LUDB. BAT. BIBL.

Striegau 1912.
F. Breythers Buchdruckerei.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Mayer.

Meiner lieben Mutter

und

dem Andenken meines teuren Vaters.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A. Pflicht zur Rückgabe des Schuldscheins.

I. Anspruch aus dem Eigentume § 985 BGB.

1. Geschichtliche Entwicklung des Rechtes am Schuldscheine und Entstehungsgeschichte des § 952 BGB. . . . 1
2. Der Schuldscheinsbegriff in § 952 BGB. . . . 5
3. Das Eigentum am Schuldscheine:
   a) während des Bestehens der Forderung, . . . 10
   b) nach Erlöschen der Forderung. 13

II. Anspruch aus dem dem Schuldscheine zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse 22

III. Anspruch aus § 812_2 BGB. 25

IV. Anspruch aus § 810 BGB. 29

V. Anspruch aus § 371_1 BGB. 30

B. Der Mortifikationsschein.

I. Das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis in § 371_2 BGB.
   a) Geschichtlicher Abriß, ... 32
   b) Definition, ... 35
   c) Folgerungen daraus. 40

II. Die Voraussetzungen der Erteilung des Mortifikationsscheines 41

III. Erläuterung des § 371_2 BGB. 42

C. Beziehungen zwischen Rückgabepflicht und Mortifikationsschein 53

Literatur-Verzeichnis.

Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl.

Brunner: Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts (1894).

Brunner: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 1910.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1902.

Dernburg: Pandekten, 6. Aufl. 1900.

Dernburg. Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 1898.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 4. Aufl. 1908.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. und 2. Aufl. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 1903.

Fitting: In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 13, S. 73.

Fischer-Henle: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 8. Aufl. 1909.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2 Aufl.

Hedemann: Das Recht auf Rückgabe des Schuldscheines, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 48, S. 63 ff.

Hellmers: Eine Erläuterung des § 952 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Jena 1909.

Jacobi: Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht, 1901.

Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, 1902.

Klingmüller: Begriff des Rechtsgrundes, 1901.

Klingmüller: Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, 1903.

Kohler: Zur Lehre von den Pertinenzen, in Iherings Jahrbüchern f. d. Dogmatik d. deutschen bürgerl. Rechts, Bd. 26. S. 124ff.

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1903.

Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1904.

F. Leonhard: Die Beweislast, 1904.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch, 1903.

Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, V. Aufl. 1910.

L. Mitteis und H. Wölcke: Grundzüge und Chrestomatie der Papyruskunde II. Bd. Jurist. Teil 1912.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II und III.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1905.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl 1910.
Pfitzer: Dingliches Recht an Schuldscheinen Anti-Seuffert, S. 208.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl.
Plessen: Die Grundlagen der modernen Condictio, 1904.
Poeschel: § 952 des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1897. Bd. I u. III.
Ratjen: Mangel des rechtlichen Grundes, Diss. Heidelberg 1907.
Rathjens: Quittung und Mortifikationsschein für Schuldscheine (§ 371, Abs. 2 d. BGB.) nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Rostock 1906.
Rauth: Der Inhalt des § 952 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Leipzig 1906.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1903.
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1904.
Schoene: Die Neuregelung der dinglichen Rechtsverhältnisse am Schuldscheine nach § 952, 1 BGB. gegenüber dem gemeinen Rechte, Diss. Freiburg 1904.
v. Staudinger: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 5. u. 6. Aufl.
Stobbe: Handbuch des preußischen Privatrechts, 3. Aufl. neu bearbeitet von Lehmann, 1896.
Sürder: Der Eigentumserwerb am Schuldscheine, Diss. Rostock 1902.
Wellmann: Der Schuldschein nach getilgter Schuld, Diss. Jena 1909.
Wolff: Sachenrecht, 1. u. 2. Aufl. 1910. (Wolff-Enneccerus-Kipp, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0189

A.

Pflicht zur Rückgabe des Schuldscheines.

I.

Anspruch aus dem Eigentume § 985 BGB.

1. Geschichtliche Entwicklung des Rechtes am Schuldscheine und Entstehungsgeschichte des § 952 BGB.

Wenn wir die Entwickelung des Rechtes am Schuldscheine näher betrachten, so wurde im römischen Rechte der Schuldschein (cautio, chirographum) und zwar hauptsächlich nur der Darlehnsschuldschein wie jede andere körperliche Sache behandelt; denn die ähnlichen Urkunden, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, sind erst eine Schöpfung des modernen Rechts. Der Schuldschein war eine reine Beweisurkunde, durch die lediglich das Bestehen einer Forderung bezeugt wurde. Das Eigentum am Schuldscheine erhielt nach den Akzessionsgrundsätzen nicht derjenige, der ein Interesse am Scheine hatte, auch nicht der Aussteller, sondern das Eigentum am Schuldscheine stand lediglich dem Eigentümer des Stoffes zu, auf den er geschrieben war. Welche Härte darin lag, ist augenscheinlich und so wurde, um diese zu mildern, dem Berechtigten ein Exhibitionsanspruch gewährt, zunächst nur für Einzelfälle,[1]) zur Vorbereitung der Eigentumsklage, dann aber allgemein zur Vorbereitung auch anderer dinglicher Klagen.

Den Gedanken des innigen Zusammenhanges zwischen Urkunde und Forderung dessen Bedeutung, wenn auch unvollkommen in dem erwähnten Exhibitionsanspruche zum Ausdrucke kommt, erkannte und entwickelte vollständig erst das deutsche Recht, und vor allem ist zunächst der Gesetzgebung der einzelnen Staaten die Regelung der Rechtsverhältnisse an Schuldurkunden zu verdanken. Da Sonderbestimmungen fehlten, wurden die Regeln des Sachen-

[1]) Dernburg, Pand. Bd. I, S. 313.

rechtes auf die Schuldscheine angewendet. Um diese Regeln zu Gunsten des Obligationenrechtes zu durchbrechen, erklärte man die Schuldurkunden zum Zubehör Pertinenz der in ihnen bekundeten Rechte. Aus diesem Zubehörbegriffe entwickelte sich der Grundsatz, daß die über eine Forderung ausgestellte Urkunde dem Gläubigerrechte zu folgen habe, also streng akzessorisch wirken sollte. Mit der allgemeinen Anerkennung dieses Satzes war der Anstoß zu der Entwickelung gegeben, die vom Hypothekenbriefe ausgehend ihren Abschluß in § 952 finden sollte.[1])

§ 952, 1 lautet:

„Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu. Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein."

Im ersten Entwurfe findet sich keine Bestimmung, die auf den Schuldschein Bezug hat, sondern die einzige ähnliche Vorschrift des § 1109 spricht nur davon, daß das Eigentum am Hypothekenbriefe dem jeweiligen Gläubiger zustehe und mit dem Hypothekenrechte untrennbar verbunden sei.

Schon bei der Beratung in der Kommission wurde jedoch der obige § 1109 in die heutige Fassung gebracht und zwar auf Grund folgender Erwägungen:[2]) „Schon die Motive geben zu, daß der dem § 1109 zugrunde liegende Gedanke für jeden vom Schuldner ausgestellten Schuldschein zutreffe. Jedoch lehnten die Motive[3]) an dieser Stelle es ab, eine allgemein gültige Bestimmung

---

[1]) Frankf. Reform. II. 3. § 19; Preuß. Landrecht I. 2. §§ 62—63 Dernburg, Pr. Privatr. Bd. II. § 84 I, S. 199; R. G. XVI, 169; a. M. R. G. in Gruchot XXX, S. 424.

Pfitzer, Dingliches Recht an Schuldscheinen, Anti-Seuffert S. 208 ff.: „Und so wird die Wissenschaft sich dazu entschließen müssen, die Anwendung der Sätze des gemeinen Rechts auf den Erwerb des Eigentums an Schuldurkunden und den Legitimationsurkunden preis zu geben und den Satz anzuerkennen: „In dem Augenblick, wo der Erwerber forderungsberechtigt wird, geht das Eigentum an dem Legitimationspapiere auf ihn über", die Schuldscheine, mit Ausnahme der Order- und Inhaberpapiere, sind Pertinenzen des Forderungsrechtes, über welches sie errichtet sind".

[2]) Prot. III, S. 644 ff.

[3]) Mot. III., S. 745.

zu schaffen, wollten vielmehr die Anwendung des § 1109 auf andere Urkunden als Hypothekenbriefe der Analogie überlassen."

Die Kommission hielt es jedoch für bedenklich einen Gedanken von allgemeiner Tragweite nur in Beschränkung auf ein einzelnes Verhältnis im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen: „weil die Auslegung aus einer solchen Sondervorschrift ebensogut ein argumentum e contrario, wie den Anlaß zu entsprechender Anwendung auf verwandte Verhältnisse entnehmen könne."

So wurde den zu § 1109 gestellten Anträgen stattgegeben, die dem § 1109 ersten Entwurfes die Fassung des heutigen § 952 BGB. gaben.

2. Der Schuldscheinsbegriff in § 952 BGB.

Als einzige gesetzliche Bestimmung des Begriffes „Schuldschein" könnte man § 405 erwähnen, der von einer vom Schuldner über die Schuld ausgestellten Urkunde spricht. Viel ist damit jedenfalls nicht anzufangen, und eine andere genaue Bestimmung des Schuldscheinsbegriffs insbesondere desjenigen in § 952 ist im Gesetze nicht gegeben. Die Literatur — so Planck, Biermann, Crome u. a. — hat in ziemlicher Uebereinstimmung den Begriff „Schuldschein" in § 952 und damit gleichzeitig die in den Bereich des § 952 fallenden „Urkunden, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann" folgendermaßen bestimmt: (Planck aaO.)[1] „Schuldschein, ist jede über die Forderung oder die Schuld ausgestellte Urkunde, sie mag nur zum Beweise der Forderung dienen oder wie bei Schuldversprechen (§ 780) zur Entstehung oder wie bei Rektapapieren oder den in § 808 bezeichneten Legitimationspapieren zur Geltendmachung der Forderung notwendig sein. Wesentlich ist, daß die Urkunde ausschließlich Schuldschein ist."

Eine erschöpfende Darstellung der unter § 952 fallenden Urkunden gibt Rauth.[2] Es genügt aus obigem festzustellen, daß in den Bereich des § 952 vor allem die Schuldurkunden fallen, die lediglich zum Beweise dienen sollen. Ferner werden dazu gerechnet diejenigen, die konstitutiv wirken, d. h. zur Entstehung der

[1] Planck, Bd. III, Bem. 2a zu § 952; ähnl. Biermann, Bem. 1 zu § 952; Crome, Bd. III, S. 364, Anm. 23; v. Staudinger, Bd. III, Bem. 12 zu § 952.

[2] Rauth, S. 9ff.

Forderung erforderlich sind, z. B. Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis §§ 780, 781 BGB.

Von den Schuldurkunden mit Wertpapiercharakter werden Schuldverschreibungen auf den Inhaber unbestritten der Anwendung des § 952 entzogen, ebenso die den Inhaberpapieren gleichgestellten Orderpapiere mit Blankoindossament,[1] während die Anwendung des § 952 auf Orderpapiere ohne Indossament bestritten ist.[2]

Vorstehendes Resultat ergibt sich auch aus den Protokollen;[3] denn die Kommission war sich darüber einig, daß die Bestimmungen auf Schuldverschreibungen auf den Inhaber keine Anwendung finden sollten, dagegen stand die Mehrheit gegenüber einer bei der Beratung geäußerten abweichenden Meinung auf dem Standpunkte, daß die Bestimmungen auch auf Schuldscheine anzuwenden seien, die lediglich zum Beweise dienen sollten.

Fällt nun der Darlehnsschuldschein unter die Schuldscheine des § 952 und zu welchem gehört er?

Der Darlehnsschuldschein ist eine Urkunde, die vom Schuldner über den Empfang eines Darlehens ausgestellt ist, und in welcher der Schuldner seine Verbindlichkeit das Darlehen zurückzuzahlen bescheinigt. Jedoch hängt das Zustandekommen des Darlehnsvertrages keineswegs von der Ausstellung des Schuldscheines ab. Der Schuldschein bezeugt wohl, daß ein Vertrag abgeschlossen worden ist, hat aber nicht den geringsten Einfluß auf das Entstehen oder Bestehen desselben, zumal es eine im Verkehr häufige Erscheinung ist, daß jemand bekennt aus einem Darlehen etwas zu schulden, während seine Verpflichtung in Wirklichkeit aus einem ganz anderen Rechtsverhältnisse herrührt.

Diese Anwendung des fiktiven Darlehns ist nicht neu. Schon im alt-griechischen Rechte sind abstrakte Versprechen bekannt und kommen solche auch im ägyptischen Rechte vor. Allerdings sind

---

[1] A. M. Rauth, S. 18.

[2] dafür: Jacobi, S. 75; Rauth, S. 18; dagegen: Biermann, Bem. 1 zu § 952; Endemann, Bd. II, S. 547, Anm. 33; Goldmann-Lilienthal, Bem. zu § 952; Planck, Bd. III, Bem. 2a zu § 952.

[3] Prot. III, S. 644, 645.

sie ihrem Wesen nach abstrakt, der Form nach sind sie aber kausal, indem ein fiktives Darlehen als causa debendi namhaft gemacht wird. [1])

Wir können daraus entnehmen, daß der Zweck des Darlehnsschuldscheins in der Regel in erster Linie der sein wird, dem Gläubiger bei der Geltendmachung seiner Forderung den Beweis des Bestehens seines Anspruches zu erleichtern. Der Darlehnsschuldschein wird also gewöhnlich eine schlichte Beweisurkunde sein. Allerdings darf nicht unerwähnt bleiben, daß im Schuldscheine ein abstraktes Schuldversprechen seine Verkörperung finden kann, d. h. also daß er schuldbegründend, konstitutiv, wirken kann. Indessen wird es zur Beantwortung der Frage, ob ein Darlehnsschuldschein schuldbeweisenden oder schuldbegründenden Charakter hat, lediglich — abgesehen von der richterlichen Beweiswürdigung — auf den Willen der Parteien ankommen. [2]) Denn aus der äußeren Form wird sich nicht immer ohne weiteres genauer bestimmen lassen, welcher Art der Schuldschein ist, da sich Fälle denken lassen, in denen ein Schuldschein ohne Nennung des Schuldgrundes lediglich Beweismittel sein soll, und andererseits trotz Nennung des Schuldgrundes ein abstraktes Schuldversprechen in ihm seine Verkörperung finden kann.

3. Das Eigentum am Schuldscheine.

Wie verhält es sich nun mit dem Eigentume am Schuldscheine? Wer ist Eigentümer

a) bei bestehender Schuld,

b) nach Erlöschen der Schuld?

a) Nach § 952, 1 steht das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine dem Gläubiger zu. Die

---

[1]) Mitteis a. a. O. S. 116/117: Im griechischen Rechte ist es insbesondere üblich gewesen, eine abstrakte Schuldverschreibung in der Weise zu begründen, daß man den zu verschreibenden Betrag als Darlehn empfangen zu haben bekennt, aber auch im national-ägyptischen Rechte war dieses fiktive Darlehen sehr verbreitet, z. B. zur Verschreibung des Kaufpreises beim Kreditkauf. Da nämlich der ägyptische Kauf notwendig Barkauf ist und die Preisquittung voraussetzt, wird im ägyptischen Rechte, falls der Preis gestundet werden soll, zwar in der Kaufurkunde über ihn quittiert, gleichzeitig aber vom Käufer eine Darlehnsurkunde, also eine fiktive in entsprechender Höhe ausgestellt.

[2]) Klingmüller, Schuldverspr. §§ 14, 15, S. 88 ff.

Voraussetzungen der Begründung des Gläubigereigentums am Schuldscheine sind also:

1) Das Bestehen einer Forderung,

2) die Ausstellung eines Schuldscheines.

Wann ein Schuldschein als ausgestellt anzusehen ist, ist nicht ganz unbestritten. Wenn Rauth (S. 12) es kaum für zuweitgehend erklärt, für das Vorhandensein des Schuldscheines eine tatsächliche Begebung seitens des Schuldners an den Gläubiger zu fordern, so ist eine Uebergabe meiner Ansicht nach zur Begründung des Gläubigereigentumes nicht erforderlich. Denn hat ein Schuldner einmal eine Urkunde geschrieben und unterschrieben, in der ausdrücklich erklärten oder stillschweigenden Absicht, daß sie als Schuldschein gelten solle, so ist sie eben vorhanden, und damit auch ipso iure das Eigentum des Gläubigers. Nach der Fassung des Gesetzes an dieser Stelle — Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu, — ist es gänzlich belanglos, ob der Bogen Papier auf den der Text der Urkunde geschrieben ist, Eigentum des Schuldners war, oder ob der Schuldner es war, der die Verarbeitung durch Aufschreiben des Urkundentextes und seines Namens vorgenommen hat. Das Eigentum an dem Schuldscheine steht ipso iure dem betreffenden Gläubiger zu, und dieser genießt diese Stellung als dinglich Berechtigter von dem Augenblicke an, in dem die Schuldurkunde durch Unterschrift seitens des Schuldners vollzogen wird, ohne erst das Eigentum oder auch nur den Besitz der Schuldurkunde ausdrücklich vom Schuldner erlangt haben zu müssen. Der Gläubiger kann demnach von diesem Augenblicke an, ohne jemals in den Besitz der Urkunde gelangt zu sein, gegen jeden Besitzer die Eigentumsklage anstrengen um den Schuldschein herauszubekommen.

Auch Biermann, Planck, v. Staudinger erwähnen nichts von einer Uebergabe des Schuldscheines zur Begründung des Gläubigereigentums.[1])

Daß der Schuldschein ausdrücklich „für" den Gläubiger ausgestellt wird, wie Rauth[2]) verlangt, ist m. E. unnötig. Denn

---

[1]) Biermann, Bem. zu § 952; Planck, Bd. III, Bem. 1 zu § 952; v. Staudinger, Bd. III, Bem. 1a zu § 952.

[2]) Rauth, S. 13.

das „für den Gläubiger" liegt schon im Charakter der Urkunde als Schuldschein und ein Schriftstück, das einem andern Zwecke als lediglich dem Beweise der Schuld dienen soll, wie z. B. eine Privataufzeichnung des Schuldners über den Empfang des Darlehns oder ein Brief, in dem er einem Bekannten diese Tatsache mitgeteilt hat, wird nie von vornherein den Schuldscheinscharakter in sich tragen, es wird daher auch von vornherein unmöglich sein, ein Gläubigereigentum gemäß § 952 an solchen Schriftstücken zu begründen.

Besteht also eine Forderung, so erwirbt der Gläubiger mit der Ausstellung des Schuldscheins über dieselbe kraft Gesetzes das Eigentum an der Urkunde, muß also auch, solange er Gläubiger ist, d. h. während des Bestehens der Forderung Eigentümer der Urkunde bleiben.

b) Mit der Tilgung der Schuld hört die Gläubigereigenschaft des bisherigen Eigentümers jedoch auf und damit verliert die Urkunde in der Hand des Gläubigers ihren Charakter als Schuldurkunde. Denn ohne das Bestehen des Forderungsrechtes ist der Schuldschein nichts weiter als ein beschriebenes Stück Papier, d. h. also eine selbständige Sache. Wir haben hier offenbar einen ähnlichen Vorgang wie beim Zubehör, welches beim Untergange der Hauptsache seine Eigenschaft als Zubehör einbüßt und zur selbständigen Sache wird.

Zwar war in der Kommission die Benennung des Verhältnisses von Urkunde zur Schuld als „Zubehör" (im Sinne von § 97) ausdrücklich abgelehnt worden,[1]) „da man in Uebereinstimmung mit der neueren Wissenschaft (Kohler)[2]) dadurch eine sichere Grundlage für den Zubehörbegriff bekommen hatte, daß man denselben auf ein Verhältnis von Sachen zu Sachen beschränkte".

Man fürchtete, es könne durch die Bezeichnung des Verhältnisses von Urkunde zur Schuld als „Zubehör" die Bestimmtheit des Begriffes verloren gehen, aber trotz dieser Ablehnung steht einer analogen Anwendung der Vorschriften über das Zu-

[1]) Prot. III, S. 644, 645.
[2]) Kohler, a. a. O. S. 124, 126.

behör nichts im Wege. Denn wird auch die Konstruktion des Verhältnisses von Schuldurkunde zur Schuld als „Zubehör" im gemeinen Rechte von Kohler[1]) als „Mißverständnis" bezeichnet, so erkennt er doch an, „daß es einen richtigen Kern enthalte". Auch die Kommission trug dem zubehörähnlichen Charakter dieses Verhältnisses Rechnung, indem sie allgemein aussprach, daß das Recht an einem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine dem Gläubigerrecht zu folgen habe.[2]) So können wir auch folgern, daß mit dem Untergange der Forderung, „der Hauptsache", der Schuldschein zwar nicht auch untergeht, wohl aber seine zubehörähnliche Eigenschaft, die ihn als Schuldschein qualifiziert, einbüßt und zu einer selbständigen Sache wird. Denn nach Kohler[3]) hat der Anschluß des Zubehörs an die Hauptsache seinen Grund nicht darin, daß die „Hilfssache" ihre selbständige Sachqualität einbüßt, sondern „in einem hervorragenden wirtschaftlichen sozialen Interesse, welches dafür spricht, daß die Hauptsache und Pertinenz pari passu gehen."

Wie steht es nun mit dem Eigentume an diesem mit Tilgung der Forderung selbständig gewordenen Schuldscheine?

Kann man folgern, daß das Eigentumsrecht des Gläubigers ebenso, wie es mit Entstehung der Forderung und Ausstellung des Schuldscheines kraft Gesetzes begründet wird, mit Erlöschen der zugrundeliegenden Forderung auch ebenso wieder untergeht?

Wenn auch die Kommission dem Schuldscheine eine zubehörähnliche Eigenschaft nicht absprechen wollte, so war sie doch weit davon entfernt, den Schuldschein als ein „untrennbares Annexum"[4]) der Forderung zu bezeichnen.

Wäre diese untrennbare Akzessorietät ausgedrückt worden, etwa in dem Sinne, daß das Recht an dem Papiere dem Rechte aus dem Papiere zu folgen habe, wie umgekehrt bei den Schuldverschreibungen auf den Inhaber der Satz gefolgert wird, daß das Recht aus dem Papiere dem Rechte an dem Papiere folge, so

---

[1]) Kohler, a. a. O. S. 124.
[2]) Prot. II, 644, 645.
[3]) Kohler, a. a. O. S. 40.
[4]) RG. in Gruchot, Bd. 45, S. 1166.

würde eine Bejahung obiger Frage naheliegen und begründet erscheinen.

Trotz des Fehlens einer entsprechenden Vorschrift, wie sie bei den Schuldverschreibungen auf den Inhaber aufgenommen ist, folgert Rauth,[1]) daß der Gläubiger zugleich mit seiner Gläubigereigenschaft auch sein Gläubigereigentum verlieren müsse. Aber hiermit werde die Schuldurkunde keine herrenlose Sache, sondern, da mit der Tilgung der Forderung nicht nur der Eigentumserwerbsgrund für den Gläubiger, sondern auch der Eigentumsverlustgrund für den Schuldner rückgängig gemacht werde, so wird der Schuldner, dessen Schuld nicht mehr besteht, ipso iure Eigentümer der Urkunde „kraft unabweislicher Folgerung aus § 952". Zu demselben Resultate kommen auch Hedemann und Rehbein.[2])

Geht meiner Ansicht nach diese Folgerung Rauths viel zu weit, und läßt sie sich auch nicht durch das Schweigen des Gesetzes an dieser Stelle voll rechtfertigen, während bei den Inhaberpapieren sich eine entsprechende Vorschrift findet (§ 777), so steht sie geradezu im Widerspruche mit der in § 903 gegebenen Definition des Eigentumsrechtes. Die Begründung des Eigentums setzt den Untergang eines jeden früheren Eigentumsrechtes voraus. Ist aber ein Recht einmal untergegangen, so bleibt es auch vernichtet, und man wird nicht sagen dürfen, daß es wieder auflebe, wenn die Voraussetzungen seines Unterganges weggefallen sind.

Ausdrücklich ist von der Kommission[3]) der dispositive Charakter der Vorschrift des § 952 betont worden und Literatur und Rechtsprechung haben daran festgehalten.[4])

Indessen hätte es dieser besonderen Hervorhebung der dispositiven Natur der Vorschrift gar nicht bedurft, da sich dieselbe meiner Ansicht nach aus der Machtfülle des Gläubigereigentums

---

[1]) Rauth, S. 69.

[2]) Hedemann, a. a. O. S. 63ff.; Rehbein, S. 77.

[3]) Prot. S. 645.

[4]) Biermann, Bem. 3 zu § 952; Crome, Bd. III, S. 364, Anm. 26; Dernburg, Bd. III S. 371; Kuhlenbeck, Bd. II, Bem. 1 zu § 952; Planck, Bd. III, Bem. 2b zu § 952; Wolff, a. a. O. S. 202; Rechtspr. d. OLG. Dresden 4, 337; DJZ. 1902, S. 241; RG. 51, S. 85, Prot. III, S. 645; a. M. Endemann, II, S. 546; RG. in Gruchot, Bd. 45, S. 1166.

begrifflich von selbst ergeben muß; jedenfalls geht daraus hervor, daß § 952 einerseits durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden kann, andererseits der Gläubiger während des Bestehens der Forderung mit dem Schuldscheine nach Belieben verfahren kann auch ohne über die Forderung selbst zu verfügen,[1]) was freilich in der Regel selten der Fall sein dürfte. Wenn demnach der Gläubiger während des Bestehens der Forderung, also zu einer Zeit, da das Band zwischen Urkunde und Forderung noch bestand sein Eigentumsrecht hinsichtlich der Urkunde vollkommen uneingeschränkt ausüben darf, so ist nicht einzusehen, warum sein Eigentum in dem Augenblicke, wo der Zusammenhang zwischen der Urkunde und der zugrundeliegenden Schuld aufgehoben wird, eine Beschränkung erleiden, ja untergehen sollte, während doch eher eine Vermutung dafür besteht, daß ein einmal begründetes Recht auch fernerhin besteht.

Dieser Gedanke des Fortbestehens des Eigentumes nach Tilgung der Schuld läßt sich rechtlich auch aus der Stellung des § 952 im Gesetze begründen. Denn da der § 952 seine Stellung unter den besonderen Eigentumserwerbsarten einnimmt, so steht einer analogen Anwendung der Regeln über den besonderen Erwerb des Eigentumes nichts im Wege. Daraus folgt, daß ebenso, wie das infolge von Spezifikation, Ersitzung ꝛc. erworbene Eigentum nicht verloren geht, wenn der frühere Zustand wieder hergestellt wird, d. h. also, wenn die Erwerbsvoraussetzungen weggefallen sind, das Eigentum, welches der Gläubiger mit der Ausstellung des Schuldscheines kraft Gesetzes an der Urkunde erworben hat, mit Tilgung der Schuld auch fernerhin besteht.

Wie wenig begründet im Gesetze die Ansicht Rauths ist, geht noch deutlicher aus dem Vorhandensein der Vorschrift des § 371 hervor.

Rauth[2]) sucht das Vorhandensein des § 371 dadurch mit seiner Ansicht in Einklang zu bringen, daß er hervorhebt, § 371 spreche nur von „Rückgabe“ und nicht von „Rückübereignung“. Es handle sich also nicht um eine Eigentumsübertragung, da diese Einigung über den Eigentumsübergang plus Uebergabe (§ 929 BGB.) verlange, sondern lediglich um eine Besitzübergabe, da ja

[1]) Stobbe-Lehmann, Bd. II, S. 425.
[2]) Rauth, S. 69.

nach der Ansicht Rauths der Schuldner schon mit der Schuldtilgung ipso iure Eigentümer werde. Eine derartige Wortinterpretation an dieser Stelle ist schon an und für sich durchaus zu verwerfen; außerdem kommt noch hinzu, daß, wie Poeschel [1]) hervorhebt, das Gesetz in den übrigen Zusammensetzungen mit „Geben" (vgl. §§ 931, 2374) keineswegs in seiner Ausdrucksweise so konsequent gewesen ist, wie Rauth anzunehmen scheint. Aber die Vorschrift des § 371 wäre ja überhaupt entbehrlich, wenn der Schuldner bereits beim Erlöschen des Schuldverhältnisses ipso iure Eigentümer der Urkunde würde, also das Recht auf Rückgabe, welches ihm § 371 ausdrücklich zuerkennt, bereits auf Grund von § 985 geltend machen könnte. Nein, vielmehr ist der Wille des Gesetzgebers dahin aufzufassen, daß „ebenso wie der § 952 dazu dienen soll, dem zubehörähnlichen Verhältnisse zwischen Schuldschein und Schuld während des Bestehens der letzteren Rechnung zu tragen, die Bestimmung des § 371 getroffen ist, um der durch die Tilgung der Schuld und Aufhebung des zubehörähnlichen Verhältnisses des Schuldscheins zur Schuld geänderten Sachlage zu entsprechen." [2])

Wir gehen also wohl nicht fehl, wenn wir den Gedanken des Gesetzes dahin auslegen, daß dem Schuldner, weil der § 952 ihm keine Möglichkeit biete, nach der Tilgung der Schuld Herausgabe des Schuldscheins zu verlangen, um diesem Mangel abzuhelfen und das Interesse des Schuldners an der Rückgabe des Schuldscheins zu schützen, eben aus § 371 der obligatorische Anspruch auf Herausgabe der Urkunde gegeben werden sollte.

So müssen wir im Gegensatze zu Hedemann, Rauth und Rehbein die Frage, ob mit Erlöschen der Schuld das Eigentum am Schuldscheine untergehe, verneinen.

Auch Neumann, Endemann, Planck, Poeschel, v. Staudinger erkennen das Eigentum des Gläubigers am Schuldscheine nach getilgter Forderung an. [3])

[1]) Poeschel, S. 48.

[2]) Wellmann, S. 49.

[3]) Neumann, Bd. I, Bem. 2 zu § 952; Endemann, Bd. II, S. 546, Anm. 30; Planck, Bd. III, S. 247, Anm. 2b; Poeschel, S. 46; v. Staudinger, Bd. III, S. 345c.

Der Zweck des § 952 ist ja auch vor allem der, dem Gläubiger unter allen Umständen das Eigentum an der über die Forderung ausgestellten Urkunde zu verschaffen und eine wirtschaftlich unzweckmäßige Trennung von Forderungsrecht und Schuldscheinseigentum zu vermeiden. Auch die Protokolle[1]) führen an einer Stelle aus, daß Wissenschaft und Rechtsprechung durch Anerkennung des Grundsatzes, daß das Recht an einer über eine Forderung ausgestellten Urkunde dem Gläubigerrechte zu folgen habe, eine allgemeine Regelung über das Eigentum an Schuldscheinen und ähnlichen Urkunden zu erstreben versuchen.

Nun hätte man ja diese allgemeine Regelung erreichen können, indem autoritativ bestimmt wurde, daß das Recht aus dem Papiere dem Rechte an dem Papiere zu folgen habe. Indessen ist dieser Satz nur für die Inhaberpapiere aufgestellt worden, wogegen man sich bei Schuldurkunden, bei denen das Recht aus dem Papiere stärker sein soll als das Recht an dem Papiere, mit obligatorischen Ansprüchen z. B. § 402, BGB. § 836 Z P O. hätte behelfen müssen. Bei diesen letzteren Urkunden ist die Eigentumsregelung eben durch § 952 herbeigeführt worden, und dadurch die obligatorischen Vorschriften, wenigstens soweit sie die Schuldurkunden betreffen, entbehrlich geworden, da ja § 952 kraft seiner dinglichen Natur auch dann noch durchgreifen könnte, wenn die obligatorischen Ansprüche versagen.

Wir kommen also zu dem Ergebnisse, daß das Eigentum am Schuldscheine auch nach Erlöschen der Schuld dem Gläubiger zusteht und keineswegs kraft Gesetzes auf den Schuldner wieder übergeht. Dem Schuldner ist jedoch in § 371 eine Möglichkeit gegeben, die Rückgabe des Schuldscheines zu verlangen.

II.

Anspruch aus dem dem Schuldscheine zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse.

Es ist also nach Vorstehendem nicht möglich, die Klage auf Herausgabe des Schuldscheins auf § 985 zu stützen. Aber vielleicht ergibt sich aus dem dem Schuldscheine zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse, dem Darlehen, ein Anspruch, der zum Ziele führt.

[1]) Prot. III, S. 644.

Das Darlehen ist ein Realvertrag. Zum Zustandekommen des Darlehnsvertrages ist also Einigung über das Darlehnsgeschäft und Uebergabe der Darlehnssumme erforderlich. Mit der Hingabe der Darlehnsvaluta entsteht demnach auf der Gläubigerseite ein Rückforderungsrecht, auf der Schuldnerseite eine Rückgabepflicht. Erfüllt also der eine Vertragsteil seine Pflichten vollständig, so erlöschen auch die Rechte des anderen Teiles[1]) und schon aus dieser Tatsache können wir den Schluß ziehen, daß es aussichtslos ist, den Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins aus dem zugrundeliegenden Vertrage herzuleiten, zumal — wie ich schon oben betonte[2]) — der Schuldschein auf die Schicksale des Vertrages nicht den geringsten Einfluß auszuüben vermag.

An dieser Tatsache kann auch der Umstand nichts ändern, daß der Schuldner berechtigt sein soll, gemäß § 273 bei Verweigerung der Quittung oder Rückgabe des Schuldscheines seine Leistung zurückzuhalten, bezw. zu hinterlegen[3]), da die Ansprüche auf Leistung bezw. Rückgabe des Schuldscheins neben Erteilung der Quittung zueinander insofern in gegenseitige Beziehung gesetzt sind, als die Rückgabe des Schuldscheins ebenso wie die Erteilung der Quittung Zug um Zug gegen Empfang der Leistung zu erfolgen hat.

Es ergibt sich also, daß dem Schuldner, solange er noch nicht geleistet hat, die Möglichkeit offen steht, den Gläubiger zur Rückgabe bezw. zum Beweise der Unmöglichkeit der Rückgabe des Schuldscheins durch Zurückbehaltung der Leistung zu zwingen. Insofern würde also der Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheines seine Wurzel in dem zugrundeliegenden Vertrage haben, wohl-

---

1) Nicht aber erlischt natürlich das Recht des Gläubigers am Schuldscheine. Denn dieses hat ja seinen Ursprung nicht in dem zum Abschluß des Darlehnsvertrages führenden Willen der Parteien, sondern der Wille der Parteien geht bei der Ausstellung des Schuldscheins dahin, das Vorhandensein der Darlehnsverpflichtung zu bekunden, setzt also den Abschluß des Darlehnsvertrages bereits voraus.

2) vgl. S. 4.

3) Mot. II, S. 90; Fischer-Henle, Bem. 3. zu § 371; Dernburg, Bd. II, 1 S. 317, VI; Goldmann-Lilienthal, S. 410, Anm. 9; Hedemann, a. a. O. S. 81, VIII; Planck, Bd. II, Bem. 1 zu § 371; v. Staudinger, Bd. II, Bem. 1 zu § 371.

gemerkt, solange der Schuldner noch nicht geleistet hat, das Schuldverhältnis also noch besteht.

Hat der Schuldner aber seine Verbindlichkeit erfüllt, ohne gleichzeitig Rückgabe des Schuldscheins zu verlangen, so wird ihm zwar in der Regel der obligatorische Anspruch aus § 371, wie wir später sehen werden, erhalten bleiben, jedoch kann er aus dem Schuldverhältnisse einen Anspruch auf Rückgabe der Schuldurkunde in keiner Weise mehr herleiten da dieses ja erloschen ist.

III.

Anspruch aus § 812₂ BGB.

Da also auch der Vertragsanspruch versagt, so könnte der Schuldner vielleicht aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 812 Satz 2 sein Ziel erreichen.

Denn mit dem Erlöschen des Schuldverhältnisses, auf Grund dessen der Schuldschein ausgestellt worden ist, fällt der rechtliche Grund weg, der zur Entstehung des Gläubigereigentumes geführt hat.

Es fragt sich nur, ob man den Schuldschein als „etwas durch den Wegfall des rechtlichen Grundes Erlangtes" gemäß § 812 Satz 1 in Anspruch nehmen darf.

Bei der Beantwortung der Frage muß man zwei Gesichtspunkte in Betracht ziehen:

1) Man macht den Bereicherungsanspruch von einer realen Vermögensvermehrung abgängig, oder

2) man begnügt sich mit einer Verschiebung der Rechtsposition.[1])

Da im allgemeinen die Rückforderung von Urkunden erst erfolgen wird, wenn das Schuldverhältnis erloschen ist, so wird auch eine reale Vermögensvermehrung in der Zurückbehaltung der Urkunde nur in den seltensten Fällen zu erblicken und überhaupt möglich sein. Denn der Anspruch des Besitzers der Urkunde erlischt ja mit der Erfüllung seitens des Schuldners und damit verliert, wie schon oben gesagt[2]), die Schuldurkunde ihren Schuldscheincharakter, hat also in der Regel — von einem eventuellen Autogrammwert abgesehen — nur noch den Wert des Stückes Papier, auf das sie geschrieben worden ist.

---

[1]) v. Mayr, S. 116; Jung, S. 120; Oertmann Vorbem. zu § 812, 2a.

[2]) Vgl. S. 7.

Nie jedoch wird sich nach Erlöschen des Schuldverhältnisses eine reale Vermögensvermehrung bei der Zurückbehaltung von Urkunden konstruieren lassen, die wie der vorliegende Darlehnsschuldschein von vornherein nur den Zweck hatten, den Vertragsabschluß zu beweisen, ohne selbst Träger des Forderungsrechtes zu sein.

In diesem Falle dürfte also eine Rückforderung von Urkunden aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung von vornherein haltlos sein.

Begnügt man sich dagegen für den Bereicherungsanspruch mit einer Verschiebung der Rechtsposition[1]), so läßt sich die Rückforderung des Schuldscheines sehr wohl rechtfertigen. „Denn in diesem Falle bedeutet der Besitz der Urkunde allerdings eine Bereicherung, insofern sie die Beweislast zugunsten des Besitzers zu verschieben vermag[2])".

Denn wird der Schuldner nochmals auf Zahlung belangt, und wendet er dagegen ein, daß er bereits erfüllt habe, so hat er diesen Einwand zu beweisen. Daß für den Schuldner, der keine Quittung oder öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis über das Erlöschen der Schuld besitzt, bezw. dieselben verloren hat, der Nachweis der Erfüllung sehr schwierig, wenn nicht überhaupt unmöglich sein wird, bedarf wohl keiner Begründung. Zwar kann aus dem Besitze des Schuldscheines eine praesumtio auf gegenwärtiges Bestehen des Schuldverhältnisses wie dies noch im gemeinen Rechte der Fall war[3]) [4]) und auch noch von Crome[5]) vertreten wird, heute nicht

[1]) Jung, S. 120; Oertmann, Vorbem. zu § 812, 2a; v. Mayr. S. 116.

[2]) v. Mayr, a. a. O.

[3]) RG. 15, S. 218: „In jedem Falle, wo derjenige, zu dessen Gunsten ein Schuldschein lautet, denselben besitzt, ist zu vermuten, daß die Urkunde ihm vom Aussteller zum Zwecke der Verpflichtung hingegeben und von ihm in der entsprechenden Willensmeinung entgegengenommen worden sei, so daß es nur dem Aussteller, bezw. seinem Rechtsnachfolger überlassen bleibt seinerseits Behauptungen aufzustellen und evtl. zu erweisen, aus welchen sich das Gegenteil ergibt, ferner RG. 56, S. 235.

[4]) Fitting aaO. 13, S. 73. Anm. 5: „Ein überaus wichtiger auf der Regel des Lebens beruhender Satz ist ferner derjenige, daß, so oft jemand eine Urkunde im Besitze hat, welche ihm nach ihrem Inhalte Rechte, Befreiung von Schulden, Sicherung des Beweises oder sonstige Vorteile verschaffen soll, bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen ist, sie sei ihm vom Aussteller zum Zwecke der Benutzung, also mit der Absicht der Erzeugung jener Wirkung übergeben worden.

[5]) Crome Bd. II, S. 911, Anm. 16.

mehr hergeleitet werden, aber es wird doch zumal, wenn dem Schuldner der Nachweis der Erfüllung nur mangelhaft oder überhaupt nicht geglückt ist, der Besitz der Urkunde in der Hand des Gläubigers bei der heut herrschenden freien richterlichen Beweiswürdigung schwer ins Gewicht fallen für die Annahme, daß ein Schuldverhältnis begründet worden ist und noch besteht.

Ist der Schuldner dagegen im Besitze eines öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses, daß die Schuld erloschen sei, so kann von einer Verschiebung der Position zugunsten des Gläubigers keine Rede mehr sein, da in diesem Falle zum Beweise der Erfüllung schon die Vorlesung der Quittung bezw. des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses des Erlöschens genügt.

IV.

Anspruch aus § 810 BGB.

Ein näheres Eingehen auf § 810 erübrigt sich. Denn nach § 810 kann der Schuldner wohl Vorlegung des Scheines verlangen zum Beweise seines Vorhandenseins —, aber nie kann er auf Grund von § 810 Rückgabe des Schuldscheines verlangen.

V.

Anspruch aus § 371₁ BGB.

Unter den Mitteln des Schuldners einen Schuldschein vom Gläubiger herauszubekommen, bleibt als letzte Zuflucht noch § 371 BGB.: „Ist über eine Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen. Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe außer Stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei."

§ 371, Satz 1 gibt zwar dem Schuldner ausdrücklich ein Recht, Rückgabe des Schuldscheins zu verlangen, erwähnt jedoch in Satz 2 bei dem Anspruch auf Erteilung des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses die eventuelle Möglichkeit dieses Rückforderungsrechtes in keiner Weise mehr. Die Entscheidung des Falles hängt also von der Entscheidung der Frage ab: Schließt

die Annahme des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses des § 371 Satz 2 den Anspruch des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheines gemäß § 371 Satz 1 aus?

Was den Schuldscheinbegriff anlangt, so ist ein Abriß der geschichtlichen Entwickelung und eine Begriffsbestimmung des Schuldscheines schon oben bei der Entwickelung des Anspruches aus § 952 gegeben worden.[1]) Es erübrigt hier also nur festzustellen, daß der Geltungsbereich des § 371 in Bezug auf Schuldurkunden sich im wesentlichen mit dem des § 952 deckt. Da, wie oben gezeigt, der gewöhnliche Darlehnsschuldschein in den Bereich des § 952 fällt, so findet mithin auf ihn auch § 371 Anwendung.

B.

Der Mortifikationsschein.

I.

Das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis in § 371 2 BGB.

a) Das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis ist ebensowenig wie der Darlehnsschuldschein eine Schöpfung des modernen Rechts sein Ursprung geht vielmehr auf das Fränkische Recht zurück.

Den Urkunden der Fränkischen Zeit, in denen ein Schuldner den Empfang eines Darlehns bezeugt und dessen Rückzahlung verspricht, — cautio, cautum, cautum praestationis — war es eigentümlich, daß die Verpflichtung zur Rückgabe der Schuldurkunde bei Zahlung der Schuld ausdrücklich als Klausel in den Text der Urkunde aufgenommen wurde, sodaß, wie dem Empfange des Darlehns die Hingabe der cautio entspricht, die Zahlung der Schuld der Rückgabe der cautio entsprechen soll.[2]) Bei der Rückgabe pflegte man die cautio durch Zerschneiden, Zerreißen oder auch durch einen schriftlichen Vermerk (cassatura) zu entkräften, sodaß die Urkunde also als scriptum, incisum, taliatum, cassatum, capsatum, scrapsatum zurückgegeben wurde.

---

[1]) Vgl. S. 1 ff.

[2]) Brunner, Forsch. S. 524 ff., Stobbe, S. 160 ff.

Nun kam es vor, daß der Gläubiger zur Rückerstattung der Urkunde außer Stande war. Da nun die Ausstellung besonderer Quittungsurkunden in der Fränkischen Zeit nicht üblich war,[1]) so wurde die unmöglich gewordene Rückgabe der cautio ersetzt durch die Ausstellung einer epistola evacuatoria. Diese epistola evacuatoria war jedoch nicht bloß Quittung, sondern Quittung und Mortifikationsschein, Quit- und Totbrief zugleich, d. h. sie bezeugte nicht nur die Rückgabe des Darlehns, sondern bezeugte auch die Unmöglichkeit der Rückerstattung der cautio und erklärte, daß diese, falls sie späterhin jemals vorgewiesen werden würde, nichtig und kraftlos (vacua) sein sollte.

Auch nachdem es üblich geworden war, die Zahlung von Geldschulden durch Quittungen im eigentlichen Sinne zu bestätigen, blieb die evacuatoria in Anwendung, um die Schuldurkunde, welche der Gläubiger nicht zurückzugeben vermochte, durch Todeserklärung zu entkräften.

Der Begriff der epistola evacuatoria, des Mortifikationsscheines der Fränkischen Zeit, ist — für bestimmte Fälle wenigstens — im ALR. I, 16, §§ 125—127 noch vollkommen erhalten, und auch die Motive und Protokolle[2]) gebrauchen noch den Ausdruck „Mortifikationsschein".

Im modernen Rechte ist an die Stelle des Mortifikationsscheines das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis getreten, daß die Schuld erloschen sei. Eine Amortisation von Beweisurkunden, z. B. Darlehnsschuldscheinen, die im Wege des Aufgebotsverfahrens erfolgen müßte, kennt das moderne Recht nicht mehr.

Das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis des § 371 Satz 2 und der Mortifikationsschein unterscheiden sich also insofern voneinander, als dieser die Schuldurkunde „tötet", indem erklärt wird, daß sie nichtig und kraftlos sein solle, während das Anerkenntnis die Gültigkeit des Schuldscheins in keiner Weise berührt. Jedoch findet eine Annäherung der beiden Begriffe wieder in der Hinsicht statt, daß — wie sich zeigen wird — das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis in der Hand des Schuldners ein so gut wie nicht

[1]) In den Formeln findet sich jedenfalls kein Quittungsformular und ebenso ist auch ein technischer Ausdruck für Quittung nicht vorhanden.

[2]) Mot. II, S. 90, Prot. I, S. 344.

entkräftbares Beweismittel dafür ist, daß die Schuld getilgt sei, und somit die Beweiskraft des Schuldscheines, wenn auch nicht total vernichtet, so doch zum mindesten stark herabmindert. Der Unterschied ist also nicht so groß, sodaß wir in den folgenden Ausführungen den Ausdruck „Mortifikationsschein" der Kürze halber unbedenklich im Sinne des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses gebrauchen können.

b) Ebenso wenig wie für den Schuldschein hat das Gesetz für die juristische Natur des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses bezw. Mortifikationsscheines eine nähere Bestimmung gegeben, auch die Motive schweigen darüber.

Der juristische Charakter des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses läßt sich indessen unschwer aus den Entwürfen und Protokollen und aus analoger Anwendung ähnlicher Vorschriften des BGB. konstruieren.

§ 271 des ersten Entwurfes lautete:

„Ist dem Gläubiger ein Schuldschein über die Forderung ausgestellt worden, so kann der Schuldner bei der Tilgung neben der Quittung die Zurückgabe des Schuldscheines und, wenn der Gläubiger dazu außer stande ist, eine schriftliche und öffentlich beglaubigte Erklärung desselben verlangen, daß die Schuld erloschen sei."

Nun wurde bei der zweiten Lesung des Entwurfes der Antrag[1]) gestellt, den zweiten Satz des § 271 ersten Entwurfes durch folgende Vorschrift zu ersetzen:

„Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe außer Stande zu sein, so kann der Schuldner von ihm ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei."

Durch die Annahme dieses Antrages erhält also der § 271 des ersten Entwurfes die Fassung des heutigen § 371 BGB.

Wie sehr die beiden Entwürfe von einander abweichen, sieht man sofort. Die eine Aenderung besteht darin, „daß der Mortifikationsschein nicht als „Erklärung" sondern als „Anerkenntnis" des Erlöschens der Schuld bezeichnet wird. Es soll damit ohne

[1]) Prot. I, S. 341.

sachliche Abweichung vom Entwurfe deutlicher ausgedrückt werden, daß ein Anerkenntnisvertrag zu schließen sei".

Betonen die Protokolle hier noch ausdrücklich die Vertragsnatur des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses in § 371, so ergibt auch ein Vergleich mit dem negativen Anerkennungsvertrage des § 397, 2, daß wir es in § 371 Satz 2 mit einem ähnlichen Institute zu tun haben. In beiden Paragraphen handelt es sich um einen Vertrag, der ein Anerkennen zum Gegenstande hat, in § 371 des Inhalts, daß die Schuld erloschen sei, in § 397, daß sie nicht bestehe. Die Verträge der §§ 371 und 397 stimmen also in ihrem Wesen vollkommen überein. Der Unterschied liegt lediglich in der Form des Ausdruckes, sodaß das Anerkenntnis des § 371 unbedenklich dem negativen Anerkenntnisvertrage in § 397 gleichgestellt und die für diesen geltenden Vorschriften auch auf das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis des § 371 angewendet werden können.

Daß der Anerkenntnisvertrag des § 371, 2 einer besonderen Form bedarf, hindert keineswegs eine Gleichstellung mit dem negativen Anerkennungsvertrage des § 397, 2, der im Gegensatze zum positiven Anerkennungsvertrage des § 781 formlos ist. Diese Formlosigkeit folgt aus der Gleichstellung[1]) des negativen Anerkennungsvertrages des § 397, 2 mit dem in § 397, 1 enthaltenen Erlaßvertrage, der nach dem im BGB. herrschenden Grundsatze der Formfreiheit mangels einer Sonderbestimmung formlos ist. Die Formvorschrift für das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis aus § 371 Satz 1 dürfte wohl hauptsächlich auf die Absicht des Gesetzes zurückzuführen sein, dem Schuldner eine möglichst große Sicherheit zu gewähren gegenüber einer nochmaligen Geltendmachung der Forderung aus dem z. B. wiedergefundenen Schuldscheine.

Der negative Anerkennungsvertrag des § 397, 2 kann deklaratorischer oder konstitutiver Natur sein „je nachdem durch ihn das Nichtbestehen eines in Wirklichkeit nicht bestehenden

---

[1]) Ecк-Leonhard Bd. I, S. 384. „Der negative Anerkennungsvertrag ist ebenso wenig an eine Form gebunden wie der Erlaß. Der positive Anerkennungsvertrag dagegen erfordert Schriftform." (§ 780)

Forderungsrechtes klar gestellt oder die Tilgung eines bestehenden Forderungsrechtes herbeigeführt werden soll". [1])

Der Mortifikationsschein hat in der Regel die Erfüllung der dem Schuldscheine zugrundeliegenden Schuld zur unmittelbaren Voraussetzung, sodaß er also gewöhnlich deklaratorischer Natur sein soll. Denn es wird in ihm „das Nichtbestehen eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Forderungsrechtes klar gestellt", und zwar nur dieses einzig und allein, losgelöst von der dem Schuldverhältnisse des Schuldscheins zugrundeliegenden causa, aber auch unabhängig von der Art und Weise und dem Grunde der Erfüllung. Der Mortifikationsschein enthält also einen abstrakten Vertrag, als dessen „rechtlicher Erfolg eine der wirklichen Rechtslage entsprechende Feststellung" erscheint. [2]) Daß diese „Feststellung" von den Parteien beliebig erweitert werden kann, und damit der Vertrag seiner abstrahierenden Wirkung mehr oder weniger entkleidet wird, gehört nicht hierher und kann auch an der abstrakten Natur des negativen Anerkennungsvertrages im wesentlichen nichts ändern.

Die Erteilung des Mortifikationsscheines läßt sich also — um das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen kurz zusammenzufassen — definieren als der Abschluß eines deklaratorischen, abstrakten Anerkennungsvertrages des Inhalts, daß die Schuld erloschen sei.

c) Aus der Vertragsnatur der im Mortifikationsscheine enthaltenen Feststellungen folgt erstens, daß der Mortifikationsschein seine volle Wirksamkeit nicht schon mit der Ausstellung von seiten des Gläubigers, sondern erst mit der Annahmeerklärung des Schuldners erhält. Zwar wird dieselbe in der Regel in der Annahme der Urkunde zu erblicken sein, also stillschweigend erfolgen, aber sie ist doch eben unbedingt erforderlich zum gültigen Zustandekommen des Anerkenntnisses. Es folgt fernerhin daraus, daß eine Anfechtung der Gültigkeit des Mortifikationsscheines nur nach den Regeln über die Anfechtung von abstrakten Verträgen möglich ist. Der Gläubiger kann also gegenüber der im Mortifikationsscheine abgegebenen Erklärung nicht mehr einwenden, daß die Schuld noch nicht getilgt sei und durch den einfachen Beweis der Nicht-

[1]) Schollmeyer, S. 356.
[2]) Planck, S. 180.

erfüllung des Vertrages die Ungültigkeit des Mortifikationsscheins herbeiführen, sondern denselben nur anfechten mit der Begründung, er sei durch Irrtum, arglistige Täuschung oder Drohung zum Abschlusse des Anerkennungsvertrages bestimmt worden.[1])

II.

Voraussetzungen der Erteilung des Mortifikationsscheines.

Welches sind nun die Voraussetzungen der Erteilung eines Mortifikationsscheines gemäß § 371 Satz 2?

Aus § 371 geht unmittelbar hervor, daß der Anspruch auf Erteilung des Mortifikationsscheines erst mit der Behauptung des Gläubigers zur Rückgabe außer Stande zu sein, geltend gemacht werden kann, also eine Ergänzung zu der Vorschrift aus § 371 Satz 1 bildet. Es soll dem Schuldner gewissermaßen ein Surrogat gegeben werden für den Verlust, den er durch das Unmöglichwerden der Rückgabe des Schuldscheines erleidet.

III.

Erläuterung des § 371₂ BGB.

Was nun die Einzelheiten des § 371 Satz 2 anlangt, so kann der Schuldner Erteilung des Mortifikationsscheines verlangen, wenn der Gläubiger „behauptet", zur Rückgabe des Schuldscheines außer Stande zu sein.

Dieses „behaupten" ist bei der Lesung des zweiten Entwurfes eingefügt worden, um eine Aenderung der Fassung des ersten Entwurfes herbeizuführen, der „ein Außerstandesein des Gläubigers zur Zurückgabe" verlangte.

Die Motive[2]) begründen den Inhalt der 1. Lesung folgendermaßen: „Es genügt nicht die Behauptung des Gläubigers, zur Rückgabe außer Stande zu sein, indem sonst der Gläubiger nach seiner Wahl entweder die Schuldurkunde zurückgeben oder einen Mortifikationsschein erteilen könnte, hierdurch aber der Gefahr des Mißbrauches der Schuldurkunde zum Nachteile des Schuldners oder Dritter Tür und Tor geöffnet wäre." Im ganzen Gegensatze dazu führen die Protokolle[3]) zur Begründung der Abänderung des ersten Entwurfes aus: „Zunächst soll der Schuldner mit der

[1]) Vgl. S. 28.
[2]) Mot. II, S. 90.
[3]) Prot. I, S. 341.

Mortifikationserklärung sich begnügen müssen, wenn der Gläubiger behauptet, zur Rückgabe außer Stande zu sein. Wollte man dagegen den Beweis der Unmöglichkeit der Rückgabe verlangen, so würde die Lage des Gläubigers erschwert werden, ohne daß dies durch das Interesse des Schuldners geboten wäre. Der Nachweis der vorzugsweise in Frage kommenden subjektiven Unmöglichkeit würde häufig kaum zu erbringen sein". Zum Schlusse lassen die Protokolle noch in recht wenig zufriedenstellender Weise die Frage offen, „ob der Gläubiger nicht trotz seiner Behauptung zur Rückgabe nicht im Stande zu sein, zu dieser angehalten werden könne, wenn die Unwahrheit seiner Behauptung erwiesen werden könne".

Daß durch diese Ausführungen eine besondere Klarheit geschaffen worden wäre, kann man nicht behaupten, und diese Unklarheit hat auch in der Literatur ihren Ausdruck gefunden, in dem Streite der sich um die Bedeutung des § 371 Satz 2 entsponnen hat. Indessen hat sich — um das hier vorwegzunehmen — die Mehrzahl der Schriftsteller der Ansicht des ersten Entwurfes angeschlossen und die Ausführungen der Protokolle so gut wie gar nicht beachtet, „ein lehrreiches und selten klares Beispiel von der Selbständigkeit des Gesetzes gegenüber Entstehungsgeschichte und Materialien".[1])

Cosack, Rehbein und auch wohl Ebert in Fischer-Henle[2]) sehen in § 371 Satz 2 lediglich eine Beweislastregelung. „Der Gläubiger braucht sein Unvermögen zur Rückgabe des Schuldscheines nur zu behaupten, nicht aber auch zu beweisen. Vielmehr trifft, wenn der Schuldner die Behauptung des Gläubigers bestreitet, die Beweislast den Schuldner". (Cosack, a. a. O.)

Diese Ansicht ist im Resultate unbefriedigend. Es ist nicht einzusehen, warum das Gesetz an dieser Stelle die Regelung der Beweislast der Auslegung überlassen wollte, während es an anderen Stellen (§§ 282, 345, 358, 442, 542, 3, 636, 2) gerade die wichtige Frage nach der Beweislast in ganz bestimmter stereotyper Form geregelt hat. Wenn mit dem „Behaupten" lediglich eine Beweislastregelung in dem oben angeführten Sinne bezweckt worden

---

[1]) Hedemann, a. a. O. S. 83.

[2]) Cosack, § 108, Vb. Rehbein, Bem. 18 zu §§ 362—371. Ebert in Fischer-Henle, Bem. 4 zu § 371.

wäre, so wäre sicherlich eine entsprechende Vorschrift in § 371 aufgenommen worden, etwa des Inhalts, daß den Schuldner die Beweislast treffe, wenn es streitig sei, daß die Rückgabe des Schuldscheines unmöglich sei. Ist schon aus diesem rein äußerlichen Grunde jene Ansicht wenig ansprechend, so ist ihr auch aus inneren Gründen keineswegs beizupflichten, da sie offensichtlich eine Erschwerung der Stellung des Schuldners im Prozesse zur Folge haben muß. Wollten schon die Protokolle[1]) den Gläubiger von dem gewiß schwierigen Beweise „der vorzugsweise in Frage kommenden subjektiven Unmöglichkeit" befreien, um seine Lage nicht unnötig zu erschweren, so kann diese Absicht der Protokolle doch noch lange nicht die Ansicht rechtfertigen, daß der Schuldner nunmehr für den Fall, daß er die Behauptung des Gläubigers bestreitet, mit dem für ihn noch weit schwierigeren, wenn nicht überhaupt in den weitaus meisten Fällen unmöglichen Beweise belastet werden solle, dafür, daß der Gläubiger in der Lage sei, die Schuldurkunde zurückzugeben. Eine solche Auslegung würde außerdem dem Charakter des § 371 als einer Vorschrift, die den Schutz des Schuldners bezweckt, direkt zuwiderlaufen.

Viel treffender und auch im Gesetze begründeter erscheint die von[2]) Crome, Endemann, Goldmann-Lilienthal, Hedemann u. a. vertretene Ansicht, die sich, wie ich schon oben sagte (S. 44), über die in den Protokollen geäußerte Ansicht hinwegsetzt und eine Befreiung des Gläubigers von dem Beweise der von ihm behaupteten Unmöglichkeit ablehnt. Dieser Meinung ist entschieden der Vorzug zu geben.

Hiernach bewendet es also nicht bei der bloßen Behauptung des Gläubigers er sei zur Rückgabe außer Stande, vielmehr steht es im Belieben des Schuldners, ob er sich mit der Behauptung des Gläubigers begnügt, oder den Beweis der Unmöglichkeit vom Gläubiger verlangen will. Der Schuldner braucht sich also mit dem Ersatze der Rückgabe des Schuldscheins durch Ausstellung des

---

[1]) Prot. I, S. 341.

[2]) Crome, Bd. II, § 182, Anm. 6 S. 241; Endemann, Bd. I, § 141$_3$ Anm. 23, S. 798; Goldmann-Lilienthal, Bem. zu § 371; Hedemann, a. a. O. S. 86; Matthiaß, S. 232, III B; Oertmann, Bem. 4 zu § 371; Planck, Bem. 2 zu § 371; Schollmeyer, Bem. 2 zu § 371; v. Staudinger, Bem. 4 zu § 371.

Mortifikationsscheines grundsätzlich erst zu begnügen, wenn der Gläubiger seine Behauptung der Unmöglichkeit der Rückgabe der Schuldurkunde bewiesen hat.

Diese Ansicht findet ihre Begründung auch in den allgemein anerkannten Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast, während die zuerst geschilderte Ansicht von Cosack, Rehbein, Ebert mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar ist, ein neuer Grund sie abzulehnen.

Gemäß § 282 trifft die Beweislast den Schuldner, wenn streitig ist, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes ist. Bei dem Anspruche auf Rückgabe des Schuldscheines haben jedoch Gläubiger und Schuldner ihre Rollen vertauscht, es trifft also den früheren Gläubiger und nunmehrigen Schuldner die Beweislast für die Behauptung der Unmöglichkeit der Leistung. Daß wir in der Rückgabe des Schuldscheines eine „Leistung" im Sinne des § 282 zu erblicken haben, folgt unmittelbar daraus, daß die Rückgabe des Schuldscheins, ebenso wie die Erteilung der Quittung, Zug um Zug gegen Empfang der Leistung zu erfolgen hat,[1]) ja daß der Schuldner sogar berechtigt sein solle, seine Leistung zurückzufordern, falls der Gläubiger den Schuldschein nicht herausgibt[2]) welche Folgerung jedoch meiner Ansicht nach zu weit geht.

Eine Art Zwischenstellung zwischen dieser bei weitem herrschenden Ansicht und derjenigen der Protokolle nimmt Dernburg[3]) ein. Er erblickt in dem Verlangen des Schuldners nach dem Beweise der vom Gläubiger behaupteten Unmöglichkeit eine in der Regel schikanöse, also nach § 226 unzulässige Rechtsausübung. Dernburg verlangt keinen Gegenbeweis von seiten des Schuldners, aber auch keinen Beweis vom Gläubiger. Indessen gesteht er dem Schuldner das Recht zu für den Fall, daß er ein besonderes

---

1) Vgl. S. 13.

2) Wellmann, S. 51: „In bestimmten Fällen wird man dem Schuldner sogar einen Anspruch auf Rückgewährung der Leistung gegenüber dem Gläubiger der den Schuldschein nicht herausgibt, gewähren müssen, nämlich dann, wenn die Leistung in Erwartung der Herausgabe erfolgt ist, und der Schuldner ohne Herausgabe nicht die Befreiung von der Schuld erhält, die er beanspruchen kann." (Vgl. auch die hier angeführte Litteratur).

3) Dernburg, Bürgerl. R. II 1, S. 318.

Interesse an der Rückgabe des Schuldscheines dartun kann, vom Gläubiger den Beweis der Unmöglichkeit zu verlangen.

Mit diesem Zugeständnisse an den Schuldner nähert sich Dernburg der vorher dargestellten herrschenden Meinung, während sich seine ersten Ausführungen denen der Protokolle anschließen.

Wir brauchen zur Widerlegung der Ansicht Dernburg nur auf die treffenden Ausführungen zu verweisen, die Hedemann[1]) in diesem Punkte gibt.

Aus der Darstellung der herrschenden Ansicht und den Ausführungen der Motive läßt sich entnehmen, daß die Tendenz des § 371 dahin geht, dem Schuldner in jeder Weise die Durchsetzung seines Anspruches auf Rückgabe des Schuldscheins zu ermöglichen. Erst wenn alles erschöpft ist, wenn der Gläubiger selbst den schwierig zu erbringenden Beweis[2]) „der hier vorzugsweise in Frage kommenden subjektiven Unmöglichkeit" erbracht hat, erst dann wird dem Schuldner als Surrogat für die Unmöglichkeit der Verwirklichung seines Anspruches aus § 371, Satz 1 der Anspruch auf Ausstellung des Mortifikationsscheines gemäß § 371 Satz 2 gegeben. Ich sage hier ausdrücklich „Surrogat für die Unmöglichkeit der Verwirklichung des Anspruches" und nicht „für den Verlust des Anspruches". Denn aus § 371 geht ein Verlust des Anspruches auf Rückgabe des Schuldscheines gemäß § 371, Abs. 1 infolge der Geltendmachung des Anspruches aus § 371, Abs. 2 auf Erteilung des öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses keineswegs hervor und „einen Verzicht auf das Recht des § 371 Satz 1 wird man für den Regelfall nicht darin erblicken können, daß der Schuldner sich mit einem öffentlich beglaubigten Anerkenntnis begnügt hat",[3]) um so weniger, als sich nirgends ausgedrückt findet, daß er sich damit begnügen muß.

In der Literatur ist diese Frage so gut wie gar nicht behandelt, und wo sie doch gestreift ist, ist sie wie oben oder gegenteilig entschieden worden, ohne irgendwie begründet zu werden. Neumann und Matthias[4]) vertreten dieselbe Ansicht wie oben

---

[1]) Hedemann, a. a. O., S. 87 ff.

[2]) Prot. I, S. 341.

[3]) Wellmann, S. 65.

[4]) Neumann, Bd. I, Bem. 4 zu § 371; Matthiaß, S. 232, III B.

Wellmann (a. a. O.). Die Stellungnahme Schollmeyers[1]) zu dieser Frage ist nicht ganz klar. „Hat der Gläubiger — etwa mit der Motivierung er habe den Schuldschein verlegt — dem Schuldner mit dessen Zustimmung einen Mortifikationsschein ausgestellt, so wird dadurch das Recht des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheins regelmäßig erloschen sein".[2])

Einen Verzicht auf den Anspruch und damit ein Erlöschen desselben wird man auch mit den oben genannten Schriftstellern darin zu erblicken haben, wenn sich der Schuldner, trotzdem er mit Bestimmtheit annehmen kann, daß der Schuldschein sich noch im Besitze des Gläubigers befinden muß, dennoch mit dem Mortifikationsscheine begnügt. Aber die „Motivierung" Schollmeyers ist wohl bloß etwas unglücklich gewählt, tatsächlich geht seine Ansicht dahin, den Anspruch auf Schuldscheinsrückgabe mit Annahme des Mortifikationsscheins erlöschen zu lassen. Aber „trotzdem — fährt Schollmeyer fort — muß der Gläubiger, falls er vom Schuldscheine noch Gebrauch macht, diesen nachträglich noch zurückgeben und evtl. Schadenersatz leisten". Aus dieser Inkonsequenz — denn ein einmal erloschenes oder verzichtetes Recht dürfte in der Regel nicht mehr geltend gemacht werden können — können wir ersehen, daß Schollmeyer anerkennen mußte, daß der Schuldner auch trotz Ausstellung des Mortifikationsscheines noch ein lebhaftes Interesse an der Rückgabe des Schuldscheines haben könne.

C.

Beziehungen zwischen Rückgabepflicht und Mortifikationsschein.

Und in der Tat, vermag denn die Aushändigung des Mortifikationsscheines an Stelle des Schuldscheines auch voll und ganz die Rückgabe, d. h. die Vernichtung des Schuldscheines zu ersetzen?

Einer direkten Schädigung des Schuldners durch nochmalige Geltendmachung des Anspruches auf Grund des Schuld-

[1]) Schollmeyer, S. 298 Bem. 2 zu § 371.

[2]) Schollmeyer, a. a. O.

scheines wird durch den Mortifikationsschein in jeder Hinsicht vorgebeugt.

Denn es liegt im Wesen des abstrakten Anerkennungsvertrages,[1]) daß er losgelöst vom Rechtsgrunde des ersten Vertrages neben diesen einen neuen Vertrag setzt, der die Tatsache der Erfüllung oder des Erloschenseins des Schuldverhältnisses zur Voraussetzung hat, bezw. den Willen der Parteien das Schuldverhältnis als erloschen gelten zu lassen. Der Mortifikationsschein erbringt also unbedingt den Beweis des Erloschenseins des Schuldverhältnisses, gleichgültig wie und ob es überhaupt erloschen ist, und beraubt damit den Schuldschein so gut wie aller Beweiskraft. Denn der Schuldschein erbringt wohl den Beweis dafür, daß ein Schuldverhältnis abgeschlossen worden ist, aber der Besitz des Schuldscheins bewirkt in der Hand des Gläubigers — wie schon oben ausgeführt[2]) — keine praesumtio auf gegenwärtiges Bestehen desselben, wie dies noch im gemeinen Rechte der Fall war.

Der Schuldschein könnte nie das Anerkenntnis entkräften,[3]) sondern dieses kann als Vertrag nur wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung angefochten werden.[4])

Es ergibt sich also, daß der Mortifikationsschein dem Schuldner eine in jeder Hinsicht gesicherte und durch den Gläubiger nur äußerst schwer zu erschütternde Stellung im Prozesse dem Gläubiger gegenüber verschafft, solange er sich im Besitze des Schuldners befindet. Insofern ersetzt also die Erteilung des Mortifikationsscheines vollkommen die Rückgabe des Schuldscheines, würde also eine solche evtl. nachträglich als unnötig erscheinen lassen.

Wir haben hier indessen vorläufig nur die prozessualen Gründe betrachtet, die vielleicht ein Interesse des Schuldners an

---

[1]) Klingmüller, Rechtsgr. S. 63: „Das Wesen des abstrakten Geschäftes besteht darin, daß für die Parteien eine psychologische causa für dessen Abschluß vorhanden ist, diese auch beim Abschlusse besprochen wird, aber in dem abgeschlossenen Geschäfte keine Aufnahme findet."

[2]) Vgl. oben S. 15/16 dazu aber auch das daselbst über die vermutlichen Ergebnisse der freien Beweiswürdigung Bemerkte.

[3]) Die Ausstellung einer Quittung wird neben Erteilung des Mortifikationsscheins für unnötig erachtet, da sie bereits im Mortifikationsscheine enthalten ist. Prot. I, S. 341. Cosack, Bd. I, S. 374. Fischer-Henle, Bem. 6 zu § 371. Oertmann, Bem. 3 zu § 371.

[4]) Vgl. S. 22.

der Rückgabe des Schuldscheines nach Erteilung des Mortifikationsscheines hätten rechtfertigen können. Der größte Schaden, der dem Schuldner im Prozesse erwachsen könnte, z. B. wenn er den Mortifikationsschein ohne eine Quittung in den Händen zu haben[1]) verloren hat, würde eine nochmalige Bezahlung also höchstens ein Vermögensnachteil sein.

Viel schwerer aber fallen die Nachteile ins Gewicht, die dem Schuldner aus einem Mißbrauche des Schuldscheins erwachsen können, weil sie die Persönlichkeit, das Ansehen des Schuldners, also immaterielle Güter treffen können.

Zwar ist der Schuldschein als solcher vollkommen wertlos geworden, aber da — wie gezeigt — das Eigentum am Schuldschein gemäß § 952 auch nach Tilgung der Schuld dem Gläubiger zusteht, so kann dieser mit dem Scheine als Eigentümer nach Belieben verfahren, wenn er z. B. seiner Rückgabepflicht aus § 371 in betrügerischer Absicht nicht nachgekommen ist. Damit ist einer mißbräuchlichen Benutzung des nicht zurückgegebenen Schuldscheines durch einen gewissenlosen Gläubiger Tür und Tor geöffnet.

Ganz abgesehen von höchst ärgerlichen Prozessen, die für den Schuldner aus einer nochmaligen Geltendmachung der Forderung aus dem Schuldscheine entstehen können, kann durch einen böswilligen Gläubiger schon durch die bloße Verbreitung der Tatsache, daß er von jemandem womöglich mehrere, wenn auch getilgte Schuldscheine besitze, in den beteiligten Kreisen eine Untergrabung des kaufmännischen Ansehens, des Kredits des betreffenden Schuldners, ja schließlich sein geschäftlicher Ruin herbeigeführt werden. Hier genügt also nicht ein eventueller Schadenersatzanspruch, da sich der angerichtete Schaden auch gar nicht wird schätzen lassen, hier kann nur eine Rückgabe des Schuldscheines selbst den Schuldner vor einer Schädigung bewahren.

Aber auch wenn sich der Schuldschein z. B. in den Händen eines Wucherers befindet, kann es dem Schuldner in der Regel nicht gleichgültig sein, was mit dem Schuldscheine nach Tilgung der Schuld geschieht. Es wird ihm sehr viel daran liegen, den

---

[2]) Rathjens, S. 124: Die beweisende Kraft des Mortifikationsscheines kann nicht durch den einfachen Gegenbeweis, daß das Schuldverhältnis trotz Erteilung des Mortifikationsscheines doch noch bestehe, entkräftet werden.

Schein herauszubekommen, da er fürchten muß, es könnte durch diesen Schuldschein vielleicht später einmal der Beweis seines früheren Verkehrs mit dem Wucherer erbracht werden. Diese Tatsache, daß der Schuldner in manchen Fällen das Bekanntwerden seiner Beziehung zu einem solchen Geldmanne im Interesse seiner Lebensstellung auf das äußerste zu fürchten hat, kann auch von seiten eines gewissenlosen Gläubigers leicht zu Erpressungen führen. Es lassen sich auch Fälle denken, in denen durch die im Schuldscheine enthaltenen Angaben der Anschein erweckt werden kann, der Schuldner habe sich wider das Strafgesetz vergangen oder sich vielleicht in politischer Hinsicht einer verräterischen Handlung schuldig gemacht. Es ließen sich noch viele Beispiele anführen, — ich verweise hier auf die ausgezeichneten Ausführungen Hedemanns,[1]) die er zu diesem Punkte gibt — aus denen zur Genüge hervorgeht, welch großes Interesse der Schuldner an der Rückgabe des Schuldscheines auch trotz Erteilung des Mortifikationsscheins hat. Gewiß werden sich auch Fälle finden, in denen der Gläubiger ein Interesse daran hat, den Schuldschein zu behalten, z. B. wenn er zum Beweise einer strafbaren Handlung des Schuldners dienen würde. Aber solche Fälle werden immerhin recht selten sein und verschwinden gegenüber denjenigen, in denen der Schuldner ein lebhaftes Interesse daran hat, den Schein wieder in seine Hände zu bekommen. „Da auch die Rechtsordnung das Verschwinden eines Scheines, der eine nicht mehr zutreffende Willenserklärung enthält, nur billigen kann, so erscheint das Interesse des Schuldners als rechtlichen Schutzes würdig".[2])

Auch diejenigen, die dem Schuldner das Recht vom Gläubiger den Beweis der Unmöglichkeit der Rückgabe zu verlangen oder überhaupt den Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheines verwehren wollen, können dem Interesse, das der Schuldner an der Rückgabe des Schuldscheins hat, nicht ganz die Anerkennung versagen.

So will Dernburg[3]) dem Schuldner das Recht zugestehen, vom Gläubiger den Beweis der Unmöglichkeit zu verlangen, wenn er ein besonderes Interesse an der Rückgabe des Schuld-

[1]) Hedemann, a. a. O. S. 89 ff.
[2]) Hedemann, S. 65, a. a. O.
[3]) Dernburg, a. a. O. vgl. S. 48.

scheins dartun kann. Schollmeyer[1]) will sogar das Recht auf Rückgabe, das nach seiner Ansicht mit der Ausstellung des Mortifikationsscheines erloschen ist, wieder aufleben lassen, wenn der Gläubiger vom Schuldschein noch nachträglich Gebrauch macht.

Gerade aus dieser Inkonsequenz Schollmeyers geht deutlich hervor, daß die Erteilung des Mortifikationsscheins dem Schuldner doch nicht in jeder Hinsicht den Schutz gewährt, den er vom Gesetz beanspruchen darf. Denn die Erteilung des Mortifikationsscheines vermag eine Vernichtung der Schuldurkunde nicht herbeizuführen.

Wir kommen also zu dem Schlusse, daß dem Schuldner trotz des Mortifikationsscheins ein Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins zuzugestehen sein wird, falls nachträglich die Existenz des Schuldscheines in der Hand des Gläubigers festgestellt ist. Diesen Herausgabeanspruch wird der Schuldner auch dann geltend machen dürfen, wenn ihm noch keine Gefahr aus der Tatsache, daß der Gläubiger den Schein noch besitzt, droht und ein Schaden noch nicht entstanden ist. Denn es dürfte wohl kaum im Sinne einer Rechtsordnung liegen, die Geltendmachung eines an und für sich schon bestehenden Anspruches erst dann zu ermöglichen, wenn ein Schaden eingetreten ist, der infolge der rechtzeitigen Geltendmachung des Anspruches hätte vermieden werden können.

---

[1]) Schollmeyer, a. a. O. vgl. S. 52.

Lebenslauf.

Am 8. Oktober 1888 wurde ich in Breslau als Sohn des im Jahre 1906 in Breslau verstorbenen Kaufmanns Otto Minner und seiner Ehefrau Marie, geb. Feustel, geboren. Ich bin evangelischer Religion und Preuße. Ich besuchte das Gymnasium zu St. Maria Magdalena in Breslau und bestand dort Michaelis 1908 die Reifeprüfung. Dann widmete ich mich 6 Semester an der Universität Breslau dem Studium der Rechte.

Am 22. Februar 1912 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Prüfung und am 5. März 1912 das Rigorosum. Als Referendar bin ich am Königlichen Amtsgericht in Bernstadt i. Schl. beschäftigt.

Den Herren Professoren Dr. Leonhard und Dr. Herbert Meyer bin ich für ihre gütige Unterstützung bei vorliegender Arbeit zu besonderem Danke verpflichtet.